Sygn. akt:KIO 2717/20

WYROK
z dnia 17 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Poprawa

Protokolant:**Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2020 roku przez odwołującego **D. M. prowadzącego działalność gospodarczą jako M. D. Ulman w Mikołowie (ul. Podgórna 14 43-190 Mikołów)**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu (ul. Strzelców Bytomskich 207 44-914 Bytom)**
przy udziale wykonawcy:

A.Energokon-Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (ul. Mierosławskiego 3 42-200 Sosnowiec), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

B.M. M. prowadzącego działalność gospodarczą jako Demolition Group M. M. (ul. Rybnicka 98B 44-285 Rzuchów) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.**Uwzględnia odwołanie.**
Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Demolition Group M. M. (ul. Rybnicka 98b 44-285 Rzuchów) oraz oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) Fobud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Marklowicach oraz (2) A. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą jako Spec-Bud Ś. A. T. Śląska z postępowania, na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

2.**kosztami postępowania obciąża zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu (ul. Strzelców Bytomskich 207 44-914 Bytom) i:**

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę D. M. prowadzącego działalność gospodarcza jako M. D. Ulman w Mikołowie (ul. Podgórna 14 43-190 Mikołów) tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od zamawiającego Spółki Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu na rzecz wykonawcy D. M. prowadzącego działalność gospodarcza jako M. D. Ulman w Mikołowie (ul. Podgórna 14 43-190 Mikołów) kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: ……..…….

Sygn. akt:KIO 2717/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą wBytomiu prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego pn. Rozbiórka 12 obiektów budowlanych wraz z wyposażeniem oraz likwidacją przyłączy i instalacji przesyłowych integralnie związanych z tymi obiektami dla SRK S.A. Oddział KWK „Jas-Mos Rydułtowy I" Ruch „Rydułtowy I", numer referencyjny: ZP-RY-0002/20 – zwane dalej Postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 sierpnia 2020 r. pod numerem: 569114-N-2020. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej mniejszej niż kwoty określone
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej Pzp lub ustawa). Zamawiający przewidział możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej.
W dniu 21 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę D. M. prowadzącego działalność gospodarczą jako M. D. Ulman w Mikołowie, zwanego dalej Odwołującym
od czynności Zamawiającego dokonanych w postępowaniu, polegających na:

1)wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy DEMOLITION GROUP M. M., z siedzibą w miejscowości Rzuchów (dalej: DEMOLITION GROUP), przy wcześniejszym zaniechaniu odrzucenia oferty DEMOLITION GROUP z uwagi na niezłożenie prawidłowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, albowiem zaoferowana przez wykonawcę DEMOLITION GROUP cena była rażąco niska, a w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca nie wykazał, że oferowana cena zapewnia prawidłowe wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz nie złożył odpowiednich dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty DEMOLITION GROUP na podstawie art 90 ust 3 ustawy Pzp, którego to odrzucenia oferty Zamawiający zaniechał, tak jak i zaniechał czynności wszechstronnej i starannej weryfikacji wyjaśnień DEMOLITION GROUP zawartych w piśmie z dnia 15 września 2020 r. oraz w piśmie z dnia 23 września 2020r., przez co ocenę wyjaśnień DEMOLITION GROUP należy uznać za wadliwą;

2)zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Dominex sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach (dalej: DOMINEX) jako zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania, w związku z wadliwą oceną wyjaśnień złożonych przez wykonawcę DOMINEX, bowiem w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca nie wykazał, że oferowana cena zapewnia prawidłowe wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych

przepisów, oraz nie złożył odpowiednich dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty DOMINEX

na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp, którego to odrzucenia oferty Zamawiający zaniechał, tak jak i zaniechał czynności wszechstronnej i starannej weryfikacji wyjaśnień DOMINEX zawartych w piśmie z dnia 15 września 2020 r.,

3)zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: Fobud sp. o.o.

z siedzibą w Marklowicach oraz SPEC-BUD A. S. (dalej: FOBUD) jako zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania, w związku z wadliwą oceną wyjaśnień złożonych przez wykonawcę FOBUD, bowiem w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca nie wykazał, że oferowana cena zapewnia prawidłowe wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz nie złożył odpowiednich dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty FOBUD na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp, którego

to odrzucenia oferty Zamawiający zaniechał, tak jak i zaniechał czynności wszechstronnej i starannej weryfikacji wyjaśnień FOBUD zawartych w piśmie z dnia 15 września 2020r. oraz 25 września 2020r.

Wskutek czego w ocenie Odwołującego w postępowaniu doszło do naruszenia następujących przepisów prawa zamówień publicznych:

1)art. 91 ust 1 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty DEMOLITION GROUP, która nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, oraz poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Wykonawcę ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty DEMOLITION GROUP z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,

2)art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez DOM INEK ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty DOMINEX z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,

3)art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez FOBUD ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty FOBUD z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,

4)art. 90 ust 1 i 2 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez skierowanie przez Zamawiającego do wykonawców DEMOLITION GROUP oraz FOBUD ponownego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, mimo że co do zasady Zamawiający powinien jednokrotnie wezwać do wyjaśnień, a ponowne wezwanie jest możliwe jedynie wyjątkowo i w szczególne uzasadnionych przypadkach oraz może dotyczyć jedynie wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia - kilkukrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a to przez sugerowanie wykonawcy, jaka winna być ostateczne treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości
i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

1)unieważnienia czynności z dnia 16 października 2020r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
2)powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez DEMOLITION GROUP,
3)odrzucenia oferty złożonej przez DEMOLITION GROUP,
4)powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez DOMINEX,
5)odrzucenia oferty złożonej przez DOMINEX,
6)powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez FOBUD,
7)odrzucenia oferty złożonej przez FOBUD,
8)wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów reprezentacji Odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO, zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, bowiem złożył ofertę w postępowaniu, nadto oferta Odwołującego powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Na uzasadnienie posiadania przez Odwołującego interesu do wniesienia odwołania w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp należy wskazać następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej,
w tym odwołanie, przysługują wykonawcy jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. A zatem z przywołanego przepisu wynika, że odwołujący ma prawo wniesienia odwołania: po pierwsze - gdy jest albo wykonawcą, albo uczestnikiem konkursu, albo innym podmiotem, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, po drugie - interes w uzyskaniu zamówienia ma lub miał w danym zamówieniu, a po trzecie - poniósł lub może ponieść szkodę, a po czwarte - poniesiona szkoda powinna wynikać z naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W przedmiotowej sprawie wszystkie wymienione przesłanki uprawniające Odwołującego do wniesienia odwołania zostały spełnione.

Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę i ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie niezgodne z Prawem zamówień publicznych czynności Zamawiającego, przede wszystkim nieprawidłowa ocena ofert złożonych przez DEMOLITION GROUP, DOMINEX oraz FOBUD, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia wskazanych ofert, narażają Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na które mógł liczyć. Odwołujący może nie uzyskać przedmiotowego zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp, bowiem złożył ofertę
w postępowaniu, nie został wykluczony z postępowania, ani jego oferta nie została odrzucona. W klasyfikacji ofert dokonanej według określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego zajęła czwartą pozycję. Jednak pomimo, iż Odwołujący zajmuje czwartą pozycję, to składając odwołanie ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności

zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze postawione Zamawiającemu w odwołaniu zarzuty można realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, wykonawcą wybranym zostanie Odwołujący - co wynika z faktu, iż zamawiający dokonując powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ofert wykonawców zajmującego pierwszą i drugą pozycję, nie jest związany pierwotnym wynikiem badania i oceny ofert. Zamawiający dokonując ponownego badania ofert i ich oceny ma prawo zarówno wykluczyć wykonawcę czy też odrzucić jego ofertę w przypadku stwierdzenia błędów oferty, których nie dostrzegł przy pierwszym badaniu i ocenie ofert.
Ponadto należy mieć na uwadze treść art. 94 ust. 3 ustawy Pzp umożliwiającą zamawiającemu bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert wybrać ofertę najkorzystniejszą w sytuacji gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla
się od zawarcia umowy lub nie wnosi zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
Taka sytuacja potencjalnie może zaistnieć, jeżeli wykonawca wybrany w wyniku ponownego badania i oceny oferty aktualnie zajmujący drugą pozycję odmówi zawarcia umowy
lub nie spełni niezbędnych przesłanek do jej zawarcia.
W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:
Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz jego zakres wraz z uwarunkowaniami techniczno-organizacyjnymi zawarto w załączniku nr 2 do SIWZ.
W pkt 1.2. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia następująco wskazano zakres zamówienia: Likwidacje mają zawierać rozbiórkę obiektów budowlanych
wraz z wyposażeniem oraz likwidacją przyłączy i urządzeń przesyłowych integralnie związanych z tymi obiektami. Obiekty budowlane przeznaczone do likwidacji usytuowane są na terenie SRK SA. w Bytomiu SRK S.A. Oddział KWK „Jas-Mos- Rydułtowy I" Ruch „Rydułtowy I" 44-280 Rydułtowy ul. Ofiar Terroru 76.
2.1 Nazwa obiektów przeznaczonych do likwidacji:
1.Warsztat na placu drzewa
2.Budynek magazynu cementu i pyłu Leon III
3.Budynek magazynu tarcicy
4.Budynek łaźni i lampiarni Leon III (pomost pomiędzy lampiarnią a wieżą szybu Leon III)
5.Zbiornik wody
6.Rurociąg stalowy wody dołowej z szybu Leon III na Leon II
7.Budynek magazynu maszyn górniczych
8.Zadaszenie magazynowe obudowy stalowej
9.Budynek olowni
10.Budynek olowarni
11.Plac żużlowy - plac drzewa
12.Zbiornik czterokomorowy na piasek i żwir.
Dalej w pkt 1.2.2 określono szczegółowe dane techniczne obiektów budowlanych, a w pkt 1.4. opisano zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia tj:

- -uzyskanie we własnym zakresie przez Wykonawcę zgody na wejście na teren działek będących własnością Gmina Rydułtowy, PGG, Ciepłownia Rydułtowy, Koleje Śląskie, ZZ Solidarność a w przypadku konieczności dzierżawy terenu na okres rozbiórek zawarcie stosownych umów z właścicielami działek,
- -Stosowanie urządzeń i maszyn do rozbiórek dopuszczonych do użytkowania:
- -koparki z nożycami hydraulicznymi do kruszenia betonu i cięcia stali o minimalnym wysięgu ramienia roboczego do 20 m lub innej koparki z nożycami hydraulicznymi do kruszenia betonu i cięcia stali o równoważnych parametrach zasięgu ramienia roboczego.
- -samochody ciężarowe skrzyniowe o tonażu min. 5 ton do przemieszczenia materiału rozbiórkowego, żuraw samochodowy 12-16t. - spycharka gąsiennicowa 55 KW, spawarki elektryczne wirujące 300A,
- -rozbiórkę obiektów budowlanych wraz z fundamentami do poz. 0,0 m lub -1,0 m,
- -demontaż i rozbiórkę wyposażenia obiektów budowlanych,
- -likwidację przyłączy i urządzeń przesyłowych integralnie związanych z tymi obiektami,
- -likwidację kanałów (np. kablowych) wokół rozbieranych budowli,
- -wypełnienie pustek powstałych po likwidacjach i rozbiórkach kruszywem o frakcji 0-30mm,
- -roboty porządkowe,
- -wywóz gruzu, drewna, papy, szkła i wszelkiego rodzajów odpadów powstałych w trakcie rozbiórki wraz z utylizacją,
- -przewiezienie widocznego złomu na miejsce wskazane przez Zamawiającego (złom stanowi własność zamawiającego),
- -wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej po wykonaniu rozbiórki obiektu budowlanego wraz z infrastrukturą.

Zgodnie z pkt 17.SIWZ Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o kryteria:

1. Cena oferty - znaczenie 95 %
2. Ilość pracowników realizujących projekt zatrudnionych na umowę o pracę - znaczenie 5%.

Zgodnie z pkt 15.1. i 15.2. SIWZ Wykonawca winien zaoferować cenę kompletną, jednoznaczną, ostateczną dla całego zadania objętego zamówieniem; w cenie winien się mieścić całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia, w tym również wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zadania. Natomiast w pkt 15.5. SIWZ wskazano, że wartość robót należy określić na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru robót.
W Załączniku nr 4 do SIWZ zawarto Zapisy dotyczące aukcji elektronicznej - zgodnie z pkt 2.b) w toku aukcji elektronicznej stosowane będzie kryterium ofert - zgodnie z SIWZ - w toku aukcji licytowana będzie tylko cena.

A.Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dotyczy oferty DEMOLITION GROUP).

Zamawiający w dniu 9 września 2020r. przeprowadził aukcję elektroniczną, a pismem
z dnia 10 września 2020r. poinformował wykonawców o wynikach aukcji. Następnie pismem
z dnia 11 września (nr SRK/NZ/3059/20/AKC) wezwał DEMOLITION GROUP do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak:
-oszczędność metody wykonania zamówienia,
-wybranych rozwiązań technicznych,
-wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępnych Wykonawcy,
-koszty pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
-pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,
-wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
-wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,
-powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
Ponadto Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach należy podać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia oraz podać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje
i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów.
Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny; ponadto wymagał, aby Wykonawca podał koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Odnośnie kosztów pracy Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał i udowodnił, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia - umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.
W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego DEMOLITION GROUP w dniu 15 września 2020r. złożył Zamawiającem wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ponownie, pismem z dnia 22 września 2020r. (L.dz. SRK/NZ/3173/20/AKC), Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień; dodatkowe wyjaśnienia zostały złożone pismem z dnia 23 września 2020r.
W wyjaśnieniach Wykonawca oświadczył, że do kalkulacji ceny przyjął zgodną
z obowiązującymi przepisami stawkę za roboczogodzinę pracy wynoszącą 17,00 złotych
i przedstawił kosztorys szczegółowy na każdy z dwunastu obiektów przeznaczonych
do rozbiórki. Analizując kalkulację zawartą w kosztorysach należy stwierdzić szereg błędów
w sposobie obliczania cen za poszczególne prace oraz wiele matematycznych niespójności.
W kosztorysie ofertowym na pierwszy z obiektów przeznaczonych do rozbiórki o nazwie „Rozbiórka budynku na placu drzewa" w pozycji nr 2 kosztorysu - dotyczącej demontażu pokrycia dachowego, wykonawca do kalkulacji przyjął katalog nakładów rzeczowych o nazwie KNR 404-0509-03 oraz skorzystał ze współczynnika redukującego czas pracy (współczynnik 0,85) z uwagi na wykonywanie prac w miejscu, w którym nie występuje ryzyko związane z przebywaniem osób postronnych - świadczy o tym dopisek pod nazwą katalogu o treści „z.o.3.1."
Jednak powyższa kalkulacja wykonawcy jest błędna i jest sprzeczna z normą KNR 404-0509-03, na którą sam wykonawca się powołuje.
Prawidłowy i zgodny z normą nakład czasu pracy wynosi 0,41 roboczogodziny i jest mnożony przez współczynnik redukujący opisany powyżej wynoszący 0,85. Wykonawca samowolnie tj. ręcznie wprowadził do swojej kalkulacji błędną i zaniżoną dwukrotnie czasochłonność zadania wynoszącą 0,2 roboczogodziny na metr.
Porównując kolejne kolumny widzimy jaki wpływ ma to na cenę realizacji zadania.
Koszty bezpośrednie wykonawcy zostały skalkulowane na kwotę:
0,2 rg/m2 * 0,85 * 17 zł * 195,32 m2= 564,47 zł
Tymczasem prawidłowe koszty bezpośrednie zgodne z normą na którą wykonawca się powołał powinny wyglądać następująco:
0,41 rg/m2 * 0,85 * 17 zł * 195,32 m2 = 1157,27 zł.
Jak z powyższego wynika koszty zaniżone są aż dwukrotnie. Należy mieć również na uwadze, że przetarg dotyczy rozbiórki dwunastu obiektów budowlanych, tak więc powyższy błąd przejawia się również w kolejnych kosztorysach. Dodatkowo należy zaznaczyć, że wykonawca mógł posłużyć się kalkulacją własną tj. indywidualną. Jeżeli wykonawca dysponuje sprzętem, który pozwala mu na dwukrotnie szybsze wykonanie pracy, to również miał możliwość przedstawienia tego w swojej kalkulacji, a nawet został wezwany przez zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny poprzez wytłumaczenie lub przedstawienie specjalnych uwarunkowań, zdolności, technologii których nie posiada konkurencja, a dzięki którym jest w stanie zrealizować zadanie w zaproponowanej cenie. Z analizy kalkulacji Wykonawcy wynika, że do realizacji tego zakresu planuje jedynie pracę ręczną, gdyż nie dodał i nie wykazał przy tym zadaniu jakiejkolwiek maszyny lub urządzenia, które mogłoby tak znacząco obniżyć koszty wykonania. W swoich wyjaśnieniach nie opisał również żadnej innowacyjnej technologii, którą posiada, a której nie posiadają jego konkurenci. Tak więc przedstawiona w kosztorysach kalkulacja jest nieprawidłowa. Dodatkowo należy podkreślić, iż kosztorysant przywołując daną normę i deklarując, iż wycena oparta jest o dany KNR nie ma prawa ręcznie zmieniać zasad naliczania czasu pracy.
Kolejnym zastrzeżeniem jest deklarowana przez wykonawcę stawka za roboczogodzinę.
Po złożeniu oferty pierwotnej wykonawca również został wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w dniu 24.08.2020 Wykonawca oświadczył, że zatrudnieni przez niego pracownicy pobierają wynagrodzenie
w kwocie 26,70 zł za godzinę, a ich miesięczne wynagrodzenie wynosi 4000 zł. Natomiast trzy tygodnie później, po aukcji w celu wyjaśnienia swojej ceny oświadcza, że wynagrodzenie jego pracowników wynosi 17,00 zł za godzinę, a miesięczne wynagrodzenie wynosi 2600 zł. Oznacza to że jedno z powyższych oświadczeń jest nieprawdziwe, tym samym oświadczenie nieprawdy dyskwalifikuje Wykonawcę z dalszego udziału w postępowaniu.
Kolejne zastrzeżenie dotyczy kosztorysu o numerze 3, w pozycji dotyczącej wywozu i utylizacji papy. Dla obliczenia wartości pozycji, wykonawca korzysta z indywidualnej analizy i deklaruje wywóz i utylizację papy w kwocie 63,60 zł za tonę. Jest to cena całkowicie nierynkowa i niewiarygodna. Sama opłata za utylizację tony papy bez kosztów jej transportu i załadunku wynosi od 350 zł do nawet 600 zł za tonę. Warto również podkreślić, że przy składaniu wyjaśnień oferty pierwotnej ten sam wykonawca w tym samym kosztorysie dotyczącym rozbiórki budynku na placu drewna wykazywał koszty utylizacji papy w cenie 636,00 zł za jedną tonę co jest zgodne z rynkowymi cenami, i dawało sumaryczną kwotę

utylizacji 3,5 tony w cenie 2226,00 zł.

Dobitnie widać, że po licytacji wykonawca stara się wyjaśnić swoją cenę i wprowadza redukcję kosztów na wszelkie możliwe sposoby. Jak najbardziej wykonawca ma prawo w toku aukcji elektronicznej zaproponować niższą cenę niż w ofercie pierwotnej, jednak obniżanie ceny może być związane z obniżeniem zakładanego zysku, lub też poprzez zastosowanie i wykazanie innych bardziej optymalnych rozwiązań w zakresie organizacji pracy itp. Natomiast całkowicie niewiarygodne jest twierdzenie, że w ciągu 3 tygodni wykonawca w toku negocjacji z firmami zajmującymi się odbiorem i utylizacją odpadów, dziesięciokrotnie obniżył koszty utylizacji.

Kolejna pozycja kosztorysu nr 4 dotycząca rozszklenia otworów okiennych. Wykonawca ponownie powołując się na normę KNR 401111102 własnoręcznie zmienia zasady obliczania kosztów pracy i sprzecznie z przywołaną normą przedstawia kalkulację dla ww. pozycji.

Prawidłowa kalkulacja oparta na normie, na którą wykonawca się powołał zakłada pracochłonność na poziomie 0,7 rg/m2, a nie tak jak przedstawia to wykonawca 0,2 rg/m2. Tym zabiegiem wykonawca ponad trzykrotnie zaniża koszt wykonania tego zadania i nie przedstawia żadnych okoliczności, technologii czy specjalistycznego sprzętu które mogłyby faktycznie przyspieszyć zadanie. Tak znaczące redukcje czasu pracy bez jakichkolwiek wyjaśnień i uzasadnień przy jednoczesnej minimalnej dopuszczonej stawce płacowej wynoszącej 17 zł na godzinę stwarza realne ryzyko, iż w rzeczywistości praca wykonywana będzie po stawkach niższych niż 17zł, co jest niezgodne z obowiązującymi przepisami dotyczącymi płacy minimalnej za rok 2020.

Kolejny błąd zawarty jest w wierszu 7 kosztorysu, który dotyczy rozbiórki konstrukcji żelbetowych. Stosując własną kalkulację Wykonawca deklaruje przeprowadzenie rozbiórki płyt schodów, belek i słupów żelbetowych i do kalkulacji przyjmuje mechaniczny sposób rozbiórki z wykorzystaniem koparki z osprzętem. Zgodnie z zasadami kosztorysowania koszt pracy sprzętu zawsze zawiera pracę operatora, a stawki za motogodzinę wynoszą od kilkudziesięciu do kilkuset złotych. Deklarowana przez wykonawcę cena za jedną moto-godzinę pracy koparki to 8,8 zł. W jednoznaczny i oczywisty sposób potwierdza to, że cena proponowana przez wykonawcę jest rażąco niska, ponieważ nie ma możliwości, aby kwota 8,8 zł za godzinę pokryła koszty pracy samej koparki, koszty paliwa, oraz koszty operatora koparki które minimalnie mogą wynosić 17 zł za godzinę.

Powyższy oczywisty błąd powielony jest w wierszu nr 8 dotyczącym rozbiórki murów,
w wierszu nr 9 dotyczącym rozbiórki ław fundamentowych.

Następnie w wierszu 10 dotyczącym zasypywania wykopów, wykonawca zaplanował użycie spycharki gąsienicowej. Oczywistą sprawą jest że maszyna do wykonania pracy potrzebuje operatora. Tymczasem cena za godzinę pracy spycharki z operatorem skalkulowana jest na poziomie 13,32 zł. Przyjęty koszt nie pokryje nawet kosztów pracy samego operatora, powyższe kalkulacje nie zawierają jakichkolwiek odrębnych kosztów robocizny.

Kolejna pozycja nr 11 - dotycząca dostawy gruzu. W tej pozycji również cała praca polegająca na dostawie wykonywana będzie przez maszynę tj. samochód ciężarowy. Oczywistą sprawą jest, że samochód musi być prowadzony przez kierowcę, tym samym koszt pracy samochodu ciężarowego i kierowcy nie może być niższy niż samo wynagrodzenie kierowcy. Kwota 8,78 zł za godzinę jest rażąco niska i niezgodna z prawem.

Powyższych błędów jest więcej i dotyczą praktycznie wszystkich kolejnych wierszy kosztorysu. Aby nie powielać wciąż tych samych przykładów zaprzestaniemy na powyższych.

Wiersz 16 dotyczący kosztów utylizacji gruzu. Opłata za utylizację w kwocie 4,24 zł
za tonę również nie jest ceną rynkową. Wykonawca w pisemnych uzasadnieniach twierdzi,
że gruz nie jest przeznaczony do utylizacji, lecz będzie go przetwarzał na swojej działce
i zostanie odsprzedany, natomiast w kalkulacji szczegółowej wykazuje, że poniesie koszt
z tytułu utylizacji gruzu.

W kolejnym wierszu nr 17 dotyczącym zaczopowania przyłączy dochodzących
do budynku wykonawca przedstawia wyliczenia, z których wynika, że przyjęta została jedynie robocizna w ilości 0,4 roboczogodziny, tj. 24 minuty, i analogiczny koszt czasu pracy wynoszący 6,8 zł. Wątpliwość budzi zarówno sam czas przyjęty na wykonanie zadania
jak również brak jakichkolwiek materiałów pomocniczych, takich jak mufa, osłona, izolacja, korek, zawór lub cokolwiek, tym bardziej że projektant opisuje, iż instalacje mają zostać zaczopowane.

Na końcu kosztorysu wykonawca w zbiorczym zestawieniu wykazał sprzęt, który planuje użyć w realizacji zadania. Zestawienie potwierdza iż przyjęte ceny jednostkowe pracy sprzętu są tak niskie że nie sposób pokryć nimi koszt operatora.

Wszystkie powyżej wykazane błędy i braki dotyczą jedynie pierwszego z pośród dwunastu kosztorysów. Z uwagi, że kolejnych jedenaście kalkulacji zawiera dokładnie te same lub zbliżone błędy oraz wykonane są przez Wykonawcę w taki sam sposób, powyższe zarzuty należy odnosić do wszystkich dwunastu kalkulacji złożonych przez Wykonawcę w toku wyjaśniania rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w piśmie z dnia 11 września 2020r. poinformował, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy oraz przypominał, iż na mocy art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Bezspornym jest, iż norma z art. 90 ust. 2 Pzp na wzywanego wykonawcę nakłada obowiązek wykazania, iż zaoferowana cena nie nosi cech rażąco niskiej. Równocześnie nie można tracić z pola widzenia, iż „obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty" (tak orzeczenie KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 681/17).

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy jednoznacznie nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień
wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; przepis ten zawiera zatem odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Brak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty, niezależnie od ustalenia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (tak wyrok KIO 2031/12).

Należy mieć na uwadze, iż ustawowe pojęcie „wykazania" jest tożsame z pojęciem „udowodnienia", a nie „uprawdopodobnienia". Oznacza to, iż wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje to norma z art. 90 ust. 2 Pzp, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę.

Tym niemniej z opisanym obowiązkiem wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek Zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych (tak wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. KIO 1036/19; wyrok KIO z 7 czerwca 2016 r., sygn. KIO 846/16; wyrok z dnia 15 października 2018 r., sygn. KIO 1946/18; wyrok KIO z 31 maja 2017 r., sygn. KIO 1001/17).

Należy także przypomnieć, iż na tle stosowania ustawy ukształtowano podstawowe przesłanki interpretacyjne:

1)obowiązek badania poprzez pryzmat realności poczynionych założeń (wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r., sygn. KIO 846/16). Bowiem celem postępowania wyjaśniającego,
o którym mowa w art. 90 ust. 1 i la Pzp, jest ustalenie, że zaoferowana cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia sposobu skalkulowania zaoferowanej ceny,
a także wątpliwych jej kosztów;

2)obowiązek rozpoznawania każdej sprawy (wyjaśnień) indywidualnie (ad casum)
(tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 sierpnia 2015 r., XXIII Ga 1072/15
oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17 stycznia 2006 r., II Ca 2194/05).

Z orzecznictwa Izby wynika, że zamawiający może sformułować wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadać wykonawcy pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty, co z pewnością ułatwia wykonawcy przygotowanie wyjaśnień, a następnie zamawiającemu - ich ocenę (wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., KIO 1056/19). Jednakże, przy szczegółowym sformułowaniu wymagań dotyczących wyjaśnień, Zamawiający winien oceniać je przez pryzmat zasad określonych w wezwaniu - zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie przez Zamawiającego ustawy.

Wobec powyższego Zamawiający miał obowiązek oceny wyjaśnień złożonych przez DEMOLITION GROUI zgodnie z warunkami określonymi w wezwaniu, a wobec braku wymaganych elementów powinien był uznać, że DEMOLITION GROUP nie złożył wyjaśnień, ewentualnie że wyjaśnienia DEMOLITION GROUP nie spełniają wymag Zamawiającego,
a oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień DEMOLITION GROUP za prawidłowe
i wystarczające, brak odrzucenia złożonej przez DEMOLITION GROUP oferty oraz wybór oferty tego Wykonawc stanowią naruszenie przepisów art. 91 ust 1 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

B.Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dotyczy oferty DOMINEX).

Zamawiający w dniu 9 września 2020r. przeprowadził aukcję elektroniczną, a pismem z dnia 10 września 2020r. poinformował wykonawców o wynikach aukcji.

Następnie pismem z dnia 11 września 2020r. wezwał DOMINEX do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak:

-oszczędność metody wykonania zamówienia,
-wybranych rozwiązań technicznych,
-wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępnych Wykonawcy,
-koszty pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
-pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,
-wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
-wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,
-powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach należy podać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia oraz podać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje
i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów.

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny; ponadto wymagał, aby Wykonawca podał koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Odnośnie kosztów pracy Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał i udowodnił, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia - umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W dniu 15 września 2020 wykonawca DOMINEX złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zgodnie z treścią przedłożonych wyjaśnień, Wykonawca oświadcza, że wszyscy pracownicy zatrudnieni są w oparciu o umowę o pracę. Wynagrodzenie kierownika budowy wynosi 3500 zł brutto na miesiąc. Miesięczne wynagrodzenie brygadzisty oraz spawacza wynosi również 3500 zł brutto. Pracownicy fizyczni pobierają wynagrodzenie w wysokości 25 zł brutto za godzinę, co daje około 4200 zł miesięcznie. Powyższe stawki wynagrodzeń budzą spore wątpliwości, trudno raczej przyjąć, aby niewykwalifikowany pracownik fizyczny pobierał wyższe wynagrodzenie niż wykwalifikowany spawacz, brygadzista a nawet sam kierownik budowy, który zgodnie z zapisami SIWZ musi być obecny na budowie każdego dnia. Wątpliwości tych nie wyjaśnia treść pisma DOMIEX.

Dodatkowo dużą wątpliwość budzi oświadczenie DOMIEX, że do wykonania zadania planuje oddelegować 58 pracowników fizycznych którzy pracować będą w trybie wahadłowym w parach, z czego każda z par pracować będzie tylko jeden dzień. Oznacza to, że zakładany przez wykonawcę czas pracy ręcznej to łącznie 58 * 8 = 464 to roboczogodziny.

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił kosztorysu lub szczegółowej kalkulacji,
z której wynikałoby, dlaczego w takim a nie innym wymiarze skalkulował czas pracy. Brakuje takiej kalkulacji zarówno w zakresie prac prowadzonych ręcznie, jak również w zakresie pracy sprzętu. Wykonawca bazuje na swoim doświadczeniu i deklaruje taki a nie inny wymiar czasu pracy. Należy jednak zwrócić uwagę, że Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania i sprawdzenia takiej oferty, to zadaniem Wykonawcy jest udzielenie wyjaśnień, które są jednoznaczne i nie pozostawiają wątpliwości.

Wykonawca w dalszym toku wyjaśnień oświadcza, że zakłada zysk wynoszący 10 308 zł netto. Z tabeli przedstawiającej koszty pracy wynajmowanego sprzętu wynika natomiast, iż za dzień pracy koparki ponosi koszty w wysokości od 960 zł do 1040 zł netto, jeden dzień pracy dźwigu to koszt 1200 zł netto, jeden dzień pracy samochodu ciężarowego to koszty wynoszące 800 zł za jeden samochód (są to ceny, które deklaruje sam Wykonawca). Wszystko powyższe sprawia, iż przedłużenie czasu pracy nawet o jeden tydzień sprawi, że dodatkowe koszty mogą być wyższe niż zakładany zysk. Tym bardziej należałoby zweryfikować, na jakiej podstawie wykonawca przyjął owe 464 godziny pracy ręcznej oraz 400 godzin pracy koparek. Zamawiający nie ma możliwości dokonania sprawdzenia takiej oferty, ponieważ każda podana ilość godzin przez wykonawcę mogłaby być równie prawdopodobna lub też nieprawdopodobna jak owe 464 roboczogodziny zadeklarowane w ofercie firmy DOMINEX.

Należy zwrócić również uwagę na to, iż inni wykonawcy bazując na przedmiarach zamawiającego przedstawili kalkulacje szczegółowe, z których można odczytać czas pracy,
i tak po przeanalizowaniu kosztorysów pierwszego wykonawcy tj. firmy DEMOLITION GROUP możemy odczytać obliczony czas pracy ręcznej dla każdego z 12 zadań, znajduje
się on na końcu każdego kosztorysu w tabeli o nazwie zestawienie robocizny.

Obliczony w kosztorysach czas pracy dla wszystkich dwunastu zadań przez firmę DEMOLITION GROUP wynosił blisko tysiąc roboczogodzin, mimo iż w toku niniejszych wyjaśnień Odwołujący wykazał, że firma DEMOLITION GROUP w swoich obliczeniach posiadała błędy lub celowe manipulacje mające na celu zaniżanie czasu pracy i obniżenie kosztów.

Tym bardziej zadeklarowana przez firmę DOMINEX ilość roboczogodzin prac ręcznych w wymiarze 464 godzin pracy, bez jakiegokolwiek uzasadnienia budzi wątpliwości i nie daje szans Zamawiającemu na sprawdzenie takiej oferty. Pomimo dużego zakresu, który wykonywany będzie mechanicznie z wykorzystaniem koparek, znaczna część prac musi zostać wykonana ręcznie, w tym demontaże wewnątrz obiektów, demontaże okien, segregacja odpadów, demontaż pokrycia dachowego, oddzielania pokrycia papy z drewnianej konstrukcji dachu. W zakresie części mechanicznej firma DOMINEX również nie wyjaśniła na jakiej podstawie przyjęła 400 godzin pracy sprzętu koparek.

Mając na uwadze powyższe, wyjaśnienia firmy DOMINEX nie opierają się o kalkulację, która w jednoznaczny sposób udowadnia, że oferowana cena nie jest rażąco niska, są one jedynie oświadczeniem, którego nie sposób zweryfikować.

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy jednoznacznie nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień
wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; przepis ten zawiera zatem odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Brak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty, niezależnie od ustalenia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (tak wyrok KIO 2031/12).

Należy mieć na uwadze, iż ustawowe pojęcie „wykazania" jest tożsame z pojęciem „udowodnienia", a nie „uprawdopodobnienia". Oznacza to, iż wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia
za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje to norma z art. 90 ust. 2 Pzp, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę.

Wobec powyższego, przywołując argumentację wskazaną w części A, Zamawiający miał obowiązek oceny wyjaśnień złożonych przez DOMINEX zgodnie z warunkami określonymi w wezwaniu, a wobec braku wymaganych elementów powinien był uznać,
że Wykonawca nie złożył wyjaśnień, ewentualnie że wyjaśnienia DOMINEX nie spełniają wymagań Zamawiającego, a oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień DOMINEX za prawidłowe i wystarczające oraz brak odrzucenia złożonej przez DOMINEX oferty stanowią naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

C.Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dotyczy oferty FOBUD).

Zamawiający w dniu 9 września 2020r. przeprowadził aukcję elektroniczną, a pismem z dnia 10 września 2020r. poinformował wykonawców o wynikach aukcji, wskazując ze FOBUD uzyskał 52,76 pkt.

Następnie pismem z dnia 11 września 2020r. wezwał FOBUD do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak:

- oszczędność metody wykonania zamówienia,
- wybranych rozwiązań technicznych,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępnych Wykonawcy,
- koszty pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,
- wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,

-powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach należy podać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia oraz podać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje
i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów.

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny; ponadto wymagał, aby Wykonawca podał koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Odnośnie kosztów pracy Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał i udowodnił, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia - umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

FOBUD złożył wyjaśnienia pismem z dnia 15 września 2020r. - następnie został ponownie wezwany do złożenia wyjaśnień (pismo SRK z dnia 22 września 2020r.), na które odpowiedział pismem z dnia 25 września 2020r.
W piśmie z dnia 15 września 2020r. FOBUD nie przedstawił elementu kalkulacyjnego, natomiast w piśmie z dnia 25 września 2020r. ponownie powtórzył wcześniejsze pisemne wyjaśnienia oraz dołączył zestawienie kosztów w rozbiciu na koszt robocizny, materiału i sprzętu dla każdego z dwunastu obiektów przeznaczonych do rozbiórki. Wykonawca zadeklarował również, że koszt pracy za jedną roboczogodzinę został skalkulowany na poziomie 21 zł brutto.

Dołączone zestawienie w żadnym wypadku nie może być traktowane jako kalkulacja, gdyż wykonawca nie zawarł żadnych informacji na jakiej podstawie przyjął te wartości. Tym samym drugi raz nie spełnił wymagań zamawiającego. Dodatkowo wątpliwość budzi zadeklarowana przez wykonawcę stawka za roboczogodzinę wynosząca 21 zł. Z zestawienia, przykładowo dla zadania nr 1 wynika, że Ilość robocizny dla zadania pierwszego wynosi 211,7642 (nie ma podanej jednostki lecz możemy się domyślać, że chodzi o czas pracy) jednak przy 211,7642 roboczogodzinach i deklarowanym wynagrodzeniu wynoszącym 21 zł za godzinę w żadnym wypadku nie otrzymamy 3070,66 zł.
Prawidłowym wynikiem jest 211,7642 r-g * 21 zł/r-g= 4447,05 zł.

Przy wykonywaniu powyższych obliczeń należy mieć na uwadze, że wartości kosztorysowe obliczane są w kwotach netto tj. bez podatku VAT który uwzględnia się dopiero na samym końcu. Jednak w przypadku robocizny kwota nazywana ceną brutto za pracę pracownika nie zawiera podatku VAT tylko składki tj. ubezpieczenie emerytalne, rentowe, chorobowe i zdrowotne, które wykonawca ponosi z tytułu zatrudnienia pracownika. Tak więc należy pamiętać o tym, że dokonując obliczeń w zakresie robocizny należy przyjmować do obliczeń stawkę brutto za godzinę, w tym przypadku 21 zł., a przemnożenie tej stawki przez ilość godzin pracy daje wynik będący wartością netto (netto w rozumieniu podatku VAT, który zostanie doliczony na samym końcu).

Podsumowując powyższe, z uwagi na całkowity brak kalkulacji w wyjaśnieniach FOBUD niemożliwe jest ustalenie, czy deklarowana przez Wykonawcę kwota wynagrodzenia za pracę została faktycznie przyjęta do obliczeń. Nieznany jest czas pracy, nieznane są ilości i rodzaje materiałów, nie wiadomo jaki sprzęt został przyjęty do realizacji zadania i w jakim okresie czasowym będzie użytkowany.

Wskazując na powyższe podkreślić należy, iż Zamawiający nie miał możliwości zweryfikowania tak wyliczonej przez FABUD ceny, bowiem wyjaśnienia Wykonawcy
są wyjątkowo lakoniczne, nadto wyjaśnienia te nie zawierają elementów, o przedstawienie których Zamawiający wnosił w pismach z dnia 11 września oraz 22 września 2020r.

Wobec powyższego, przywołując argumentację wskazaną w części A, Zamawiający miał obowiązek oceny wyjaśnień złożonych przez FOBUD zgodnie z warunkami określonymi
w wezwaniu, a wobec braku wymaganych elementów powinien był uznać, że Wykonawca nie złożył wyjaśnień, ewentualnie że wyjaśnienia FOBUD nie spełniają wymagań Zamawiającego, a oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień FOBUD za prawidłowe i wystarczające oraz brak odrzucenia złożonej przez FOBUD oferty stanowią naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

D. Zarzut naruszenia art. 90 ust 1 i 2 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający dwukrotnie skierował do wykonawców DEMOLITION GROUP oraz FOBUD wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wskazując braki w pierwotnych wyjaśnieniach tychże wykonawców, oraz ustalając dodatkowy czas na uzupełnienie pierwotnych wyjaśnień.
W orzecznictwie KIO wskazano, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006r. (sygn. akt. V Ca 459/06), że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić Zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa - jeżeli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, czy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający zobowiązany
jest do odrzucenia oferty (KIO 2239/20, KIO 2240/20).

W orzecznictwie KIO przyjęto także, iż co do zasady Zamawiający powinien jednokrotnie wezwać do wyjaśnień, a ponowne wezwanie jest możliwe jedynie wyjątkowo i w szczególne uzasadnionych przypadkach oraz może dotyczyć jedynie wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia - kilkukrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a to przez sugerowanie wykonawcy, jaka winna być ostateczne treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny (por. wyrok KIO 2240/20 oraz cytowane w nim orzecznictwo).

Orzecznictwo Izby dopuszcza kilkukrotne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień
w trybie art. 90 ust 1 Pzp, jednak jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
4 sierpnia 2020 r. (KIO 1461/20):

Ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień, czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę -
na pierwsze wezwanie. Podobnie Izba wskazała w wyroku z dnia 29 czerwca 2020 r. (KIO 792/20): Zamawiający mają prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 lub la p.z.p., ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 p.z.p., który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zależności od konkretnych okoliczności faktycznych ponowne wezwanie może wynikać przede wszystkim z braku szczegółowego sformułowania pierwotnego wezwania, czego konsekwencją są również nie dość szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy, jak też może dotyczyć sytuacji, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach

wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.

W niniejszej sprawie pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień było szczegółowe, a Zamawiający wskazał jakie okoliczności i w jaki sposób Wykonawca winien wyjaśnić. Wykonawcy nie sprostali tym wymogom, a zatem oferty złożone przez DEMOUTION GROUP oraz FOBUD powinna być odrzucone już po złożeni wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 września 2020r. Zamawiający jednak ponowił wezwanie, wyraźnie instruując Wykonawców, mimo że na mocy art. 90 ust 2 Pzp ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

W takich okolicznościach sprawy zarzut naruszenia art. 90 ust 1 i 2 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest w pełni uzasadniony.

Podsumowanie.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę.

Odwołujący podkreśla, że zaoferowane przez DEMOUTION GROUP, DOMINEX oraz FOBUD ceny za wykonan przedmiotu zamówienia już na pierwszy rzut oka wydają się rażąco niskie w stosunku do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia i przewidzianych tam prac i czynności, w związku z czym winny prima facie budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i wynikającymi z odrębnych przepisów (na marginesie - Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 2 120 262,92 zł).

Nadto, właściwa ocena złożonych przez wskazanych wykonawców wyjaśnień powinna skutkować odrzuceniem wskazanych ofert, bowiem wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne i nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego w wezwaniach z dnia 11 września oraz z dnia 22 września 2020r., z zastrzeżeniem, że w przypadku uznania przez KIO zarzutu naruszenia art. 90 ust 1 i 2 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp za uzasadniony, treść ponownych wyjaśnień nie powinna być w ogóle brana pod uwagę przez Zamawiającego.

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego oraz argumentacji prawnej podanej dla uzasadnienia zarzutów odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Do postępowania odwoławczego w dniu 26 października 2020 roku zgłosił przystąpienie po stronie odwołującego wykonawca Energokon-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz w dniu 26 października 2020 roku wykonawca Demolition Group M. M. prowadzący działalność gospodarczą w Rzuchowie.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego złożył „Odpowiedź na odwołanie", której treść przesłał stronom poprzez pocztę elektroniczną. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz pisemnej odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła co następuje:

W treści SIWZ w pkt. 15 zatytułowanym Opis Sposobu Obliczenia Ceny Zamawiający wskazał:

1. Wykonawca winien zaoferować cenę ryczałtową kompletną, jednoznaczną, ostateczną dla całego zadania objętego zamówieniem. Należy podać kwotę netto, podatek od towarów i usług i kwotę brutto.
2. W cenie ryczałtowej winien się mieścić całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia, w tym również wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zadania.

Zamawiający przewidział w postępowaniu aukcję elektroniczną, której regulacje zostały zawarte w załączniku nr 4 do SIWZ.

W postępowaniu złożono 16 ofert, m.in. przez wykonawców:

- -oferta nr 3: Ulman D. M. ul. Podgórna 14 43-190 Mikołów – cena oferty: 996.300.000,00 zł,
- -oferta nr 9: Konsorcjum Fobud Sp. z.o.o. ul. Rzemieślnicza 13 44-321 Marklowice – Lider oraz Spec-Bud A. Ś. ul. Kościuszki 66a 44-351 Turza Śląska – cena oferty: 5.490.000,00 zł,
- -oferta nr 11: Demolition Group M. M. ul. Rybnicka 98b 44-258 Rzuchów – cena oferty: 1.220.527,97 zł,
- - oferta nr 12: Dominex sp. z o.o. ul. Metalowców 3C 41-600 Świętochłowice – cena oferty: 989.495.224,68 zł.

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 2.120.262,92 PLN.

Pismem z dnia 20.08.2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Demolition Group M. M. (dalej Demolition Group) do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Pismem z dnia 24.08.2020 r. wykonawca Demolition Group M. M. udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, do których załączył kosztorysy ofertowe dla poszczególnych obiektów.

W dniu 09.09.2020 r. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w wyniku której ww. wykonawcy zaoferowali następujące ceny:

- DEMOLITION GROUP M. M. - cena oferty: 138 500,00 zł
- Dominex Sp. z o.o. - cena oferty: 380 000,00 zł
- Fobud Sp. z o.o. - cena oferty: 350 000,00 zł
- ULMAN D. M. - cena oferty: 655 000,00 zł

Pismem z dnia 11.09.2020 r. Zamawiający wystąpił do wykonawcy: Demolition Group M. M. z wezwaniem do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w związku z tym, że zaoferowana podczas aukcji elektronicznej cena, budzi uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i jest niższa o 30% od wartości wynikającej ze średniej ofert oraz niższa od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego. Należało udzielić wyjaśnień, złożyć dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia szczegółowo opisanego w SIWZ.

Wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć takich elementów jak:
- oszczędność metody wykonania zamówienia,
- wybranych rozwiązań technicznych,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępnych Wykonawcy,
- koszty pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017r. poz. 847),
- pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,
-wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W wyjaśnieniach należało przedstawić szczegółową kalkulację w odniesieniu do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót z rozbiciem na materiał, sprzęt, robociznę, koszty pośrednie, zysk i podatek VAT uwzględniając wszystkie uwarunkowania zawarte w przedmiarze robót, projekcie rozbiórki, SIWZ oraz podczas odbytej wizji lokalnej.

Pismem z dnia 15.09.2020 r. wykonawca Demolition Group M. M. złożył wyjaśnienia, do których załączył kosztorysy ofertowe dla poszczególnych obiektów.

Pismem z dnia 22.09.2020 r. Zamawiający wezwał ponownie wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Wykonawca, w piśmie z 23.09.2020 r. udzielił odpowiedzi w zakresie brakujących informacji.

Zamawiający, pismem z dnia 11.09.2020 r. wezwał wykonawcę Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach (dalej Dominex) do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w związku z tym, że zaoferowana podczas aukcji elektronicznej cena, budzi uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i jest niższa o 30% od wartości wynikającej ze średniej ofert oraz niższa od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego. Należało udzielić wyjaśnień, złożyć dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia szczegółowo opisanego w SIWZ.

Wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć takich elementów jak:
- oszczędność metody wykonania zamówienia,
- wybranych rozwiązań technicznych,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępnych Wykonawcy,
- koszty pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017r. poz. 847),
- pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,
-wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W wyjaśnieniach należało przedstawić szczegółową kalkulację w odniesieniu do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót z rozbiciem na materiał, sprzęt, robociznę, koszty pośrednie, zysk i podatek VAT uwzględniając wszystkie uwarunkowania zawarte w przedmiarze robót, projekcie rozbiórki, SIWZ oraz podczas odbytej wizji lokalnej.

Pismem z dnia 15.09.2020 r. Dominex złożył wyjaśnienia wraz z zestawieniem kosztów.

Zamawiający, pismem z dnia 11.09.2020 r. wezwał wykonawcę Fobud Sp. z o.o. z siedzibą w Marklowicach (dalej Fobud) do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w związku z tym, że zaoferowana podczas aukcji elektronicznej cena, budzi uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i jest niższa o 30% od wartości wynikającej ze średniej ofert oraz niższa od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego. Należało udzielić wyjaśnień, złożyć dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia szczegółowo opisanego w SIWZ.

Wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć takich elementów jak:
- oszczędność metody wykonania zamówienia,
- wybranych rozwiązań technicznych,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępnych Wykonawcy,
- koszty pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017r. poz. 847),
- pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,
-wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W wyjaśnieniach należało przedstawić szczegółową kalkulację w odniesieniu do wszystkich pozycji ujętych w przedmiarze robót z rozbiciem na materiał, sprzęt, robociznę, koszty pośrednie, zysk i podatek VAT uwzględniając wszystkie uwarunkowania zawarte
w przedmiarze robót, projekcie rozbiórki, SIWZ oraz podczas odbytej wizji lokalnej.

W Piśmie z dnia 15.09.2020 r. Fobud złożył wyjaśnienia, nie załączając żadnych kalkulacji.

Pismem z dnia 22.09.2020.r. Zamawiający wezwał Fobud do złożenia dodatkowych wyjaśnień, które będą zawierały szczegółowa kalkulację ceny, wskazując, że wyjaśnienia złożone są w sposób bardzo ogólny bez elementu kalkulacji.

W piśmie z dnia 25.09.2020 r. Fobud przedstawił zestawienie kalkulacyjne
z kosztorysów.

Zamawiający w dniu 2020 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę: Demolition Group M. M.ul. Rybnicka 98b 44-258 Rzuchów.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła,
iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty DEMOLITION GROUP, która nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, oraz poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Wykonawcę ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty DEMOLITION GROUP z uwagi
na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, wskazać należy, iż zarzut należy uznać za zasadny.

W zakresie możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy
za ugruntowaną linią orzeczniczą KIO i sądów, że rażąco niską ceną nie jest zwykle taka cena, która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, a wykazanie jedynie samej różnicy nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską. Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji,
co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku o sygnaturze akt KIO 17/18, zgodnie
z którym nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wskazujące że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające,
a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie, odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze obecne brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień,
o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą że oferowana przezeń cena rażąco niską nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowanie ogólników traktujących o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc… przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana

jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Odnośnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc…) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi. Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc…) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste.

To wykonawca musi wykazać rzeczywistość i realność zaoferowanej ceny w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, wskazać należy iż wyjaśnienia wykonawcy Demolition Group są lakoniczne, niekonkretne i nie wykazują, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga, iż wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 24.08.2020 r roku (kiedy wyjaśniał cenę w wysokości 1.220.527,97 zł) oraz z dnia 15.09.2020 r. (kiedy wyjaśniał cenę w wysokości 138.500,00 zł obniżoną w wyniku aukcji elektronicznej) przedstawił identyczną w treści argumentację, co do wysokości ustalonych kosztów pośrednich, poziomu skalkulowanego zysku i kosztów zakupu, zmieniając jedynie stawkę wynagrodzenia za pracę z 26,70 zł na 17,00 zł. Już sam fakt, że przy tak znacznym obniżeniu ceny, argumentacja w zakresie jej realności nie uległa zmianie i nie została poparta żadnym dowodem (mimo, iż Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień zwracał się o złożenia dowodów) poddaje w wątpliwość realność ceny i wiarygodność złożonych wyjaśnień, zwłaszcza że Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 2.120.262,92 zł.

Wykonawca Demolition Group nie wykazał przyczyn uzasadniających realność obniżenia ceny w stosunku do wyjaśnień z dnia 24.08.2020 r. Bardzo ogólna informacja, że cena została skalkulowana prawidłowo, a tym samym nie ma podstaw do twierdzenia, że jest rażąco niska, w żaden sposób nie rozwiewa wątpliwości co do możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazuje jedynie na możliwość odzyskania materiału z odpadów pochodzących z rozbiórki, na posiadanie materiału, w szczególności drewna do zabezpieczeń, pozyskanego z innych rozbiórek, na zysk który uzyska z odsprzedaży odpadów, oraz na posiadanie działki przeznaczonej na przechowywanie i składowanie odpadów, jako na okoliczności mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Powyższa argumentacja nie może być uznana jako uzasadnienie dla zastosowania oszczędnej metody czy szczególnych rozwiązań technicznych, bowiem pozyskanie materiału z odpadów czy wykorzystanie materiału pochodzącego z innych realizacji stanowi działanie typowe, standardowe, stosowane przez przedsiębiorców, przy tego typu zamówieniach. Nie jest to zatem element, którego nie stosują inni wykonawcy, który miałby wpływ na obniżenie kosztów w stosunku do konkurencyjnych firm działających w tej samej branży.

Ponadto, przy tak dużej rozpiętości ceny, nie można uznać za wiarygodną argumentacji co do możliwości tak dużego obniżenia ceny, poprzez posiadanie własnej działki dla składowania i przetwarzania odpadów. Okoliczność ta nie uległa zmianie od złożenia wyjaśnień z dnia 24.08.2020 r. i winna być uwzględniona w cenie podanej w ofercie.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, że w piśmie z 15.09.2020 r. wykonawca Demolition Group złożył szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia co do oszczędności metody wykonania zamówienia, rozwiązań technicznych, kosztów pracy, przewidywanego zysku, które nie potwierdzają że zaoferowana cena jest rażąco niską. Nie znajduje również potwierdzenia w dokumentacji stanowisko Zamawiającego, że wykonawca w piśmie z dnia 15.09.2020 r. odniósł się do wszystkich kwestii wskazanych przez Zamawiającego. Gdyby tak było, to wówczas Zamawiający nie kierował by do wykonawcy ponownego wezwania z dnia 22.09.2020 r. do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Co więcej, w wezwaniu tym (z dnia 22.09.20202 r.) Zamawiający sam wskazał, że przedstawionych wyjaśnień nie może uznać za wystarczające. Ponadto sam fakt, że wykonawca jedynie wspomniał w piśmie z 15.09.2020 r. o części z wymaganych do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie oznacza, że złożył szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia co do ceny. Poza ogólnymi, blankietowymi sformułowaniami, wykonawca nie wskazał żadnych rzeczywistych, realnych wartości ekonomicznych. Nie podał żadnych konkretnych informacji, które wyjaśniałyby ekonomiczne przesłanki zaoferowania tak niskiej ceny.

Ponadto, Zamawiający nie powinien pominąć faktu, że wykonawca nie odniósł się w wyjaśnieniach z 15.09.2020 r. do elementów mających wpływ na zmniejszenie ceny, wskazanych w wyjaśnieniach z 24.08.2020 r. takich jak np. zmiany czasochłonności podanych w kosztorysach zadań czy wysokość stawki za roboczogodzinę. Wykonawca nie podał żadnych szczególnych okoliczności, specjalnych zdolności czy rozwiązań technologicznych np. w zakresie odzyskiwania materiału z odpadów pozyskanych z rozbiórki, których nie posiada konkurencja, a które mają wpływ na obniżenie ceny, w stosunku do cen pozostałych wykonawców oraz wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego. Wykonawca nie odniósł się również co do rozbieżności w zakresie określonych stawek wynagrodzenia za roboczogodzinę. Nie wyjaśnił jakie elementy miały wpływ na zmniejszenie

wynagrodzenia z 26,70 zł/h na 17 zł /h. Nie wskazał również, czy zmniejszenie wynagrodzenia nie będzie miało wpływu na zmniejszenie wymaganych kwalifikacji dla osób, z udziałem których będzie realizowane przedmiotowe zamówienie.

Kolejna kwestia, która winna budzić wątpliwości Zamawiającego dotyczy ceny utylizacji papy, którą w wyjaśnieniach z 15.09.2020 r. wykonawca określa na kwotę 63,60 zł natomiast
w wyjaśnieniach z 24.08.2020r. na kwotę 636,00 zł. Wykonawca winien wyjaśnić na jakiej podstawie zmianie uległ powyższy koszt. W przypadku uzyskania korzystniejszej ceny
za utylizację, niż wskazana pierwotnie, wykonawca winien był przedłożyć dowód potwierdzający zaoferowaną cenę.
Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na wykonawcy, i to wykonawca powinien przedstawić wszelkie możliwe dowody, które potwierdzą możliwość wykonania zamówienia za zaoferowana cenę.

Podkreślenia wymaga, że pomimo faktu iż w przedmiotowym zamówieniu Zamawiający określił cenę jako ryczałtową i nie narzucił wykonawcom sposobu kalkulacji ceny ani, struktury i wysokości ponoszonych kosztów, to obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelne badanie realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny, której sposób kalkulacji zapewni prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający musi mieć pewność, że cena, za którą będzie realizowane przedmiotowe zamówienia jest ceną realną a jej kalkulacja sporządzona
jest rzetelnie.

W ocenie Izby, nie można uznać że wykonawca Demolition Group przedstawił wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie wyjaśnił żadnego z elementów mających wpływ na wysokość ceny, a podane informacje nie rozwiewają wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. Tak złożone lakoniczne i ogólnikowe informacje należy utożsamić
z brakiem wyjaśnień.

Brak konkretnych informacji, nie daje możliwości weryfikacji oraz oceny wiarygodności zaoferowanej ceny. Wykonawca załączył wprawdzie szczegółową kalkulację
dla poszczególnych obiektów zawartą w kosztorysach, jednak bez wyjaśnienia przyjętych założeń dla podanych cen, kosztorysy mogą jedynie wskazywać poprawność matematycznego wyliczenia. Nie mogą jednak stanowić uzasadnienia, że cena obliczona
przy tak przyjętych założeniach nie jest ceną rażąco niską.

Izba podkreśla, ż dla oceny, że wykonawca udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13).
Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego,
że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

A zatem brak udzielenie przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień ogólnikowych lakonicznych, należy uznać za brak udzielenia wyjaśnień, co obliguje Zamawiającego do odrzucenie oferty.

Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że to na podstawie ich treści – a nie na podstawie własnej wiedzy i doświadczenia, Zamawiający powinien dokonać oceny, czy oferta podlega odrzuceniu. Dlatego, Izba
nie mogła wziąć pod uwagę zapewnień Zamawiającego składanych podczas rozprawy,
że zaoferowana przez wykonawcę Demolition Group cena jest realna i odpowiada rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia.

Podsumowując, Izba wskazuje że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Demolition Group i uznał jego ofertę za najkorzystniejszą. Zamawiający nie otrzymał informacji, które pozwoliłyby mu na pozytywne zweryfikowanie zaoferowanej ceny, w tym ustalenie, w jaki konkretnie sposób, ogólnikowo powoływane czynniki przełożyły się na obniżenie ceny.

Wobec powyższego Izba uznała, że doszło do naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów ustawy, tj. art. 91 ust 1 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 2 i 3 ustawy i uznała zarzut za zasadny.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Dominex Sp. z o.o. ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Dominex Sp. z o.o. z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W odniesieniu do pisma skierowanego przez Zamawiającego z dnia 11.09.2020 r.
do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w stosunku
do wykonawcy Dominex, wskazać należy że jego treść była precyzyjna i jednoznaczna. Zamawiający żądał wyjaśnienia konkretnych elementów cenotwórczych, podania kalkulacji
z rozbiciem na materiał, sprzęt, robociznę, koszty pośrednie, zysk i podatek VAT
z uwzględnieniem wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz kosztów pracy przyjętych w ofercie, miesięcznego wynagrodzenia na jedną osobę zatrudnioną przy realizacji zamówienia wraz z uzasadnieniem dla przyjętego wymiaru kalkulacji kosztów pracy.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca Dominex przedstawił wyjaśnienia
wraz kalkulacją dla poszczególnych elementów ceny, których realność można zweryfikować na podstawie wyjaśnień. Odniósł się do kwestii wynagrodzenia pracowników
z uwzględnieniem poszczególnych stanowisk pracy, odniósł się do przesłanki oszczędności
w wykonaniu zamówienia z podziałem na koszty, załączył kalkulacje w zakresie rodzaju i ilości użytych maszyn wraz z obsługą, utylizacji materiałów, kosztów transportu, zaplecza budowy, zabezpieczenia budowy w sprzęt ppoż, w energię elektryczną, gazy techniczne, wyliczył koszty dojazdu, szkolenia pracowników, wskazał koszty pośrednie oraz planowany zysk.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego w zakresie wątpliwości dotyczących zaoferowanego przez wykonawcę Dominex wynagrodzenia dla pracowników zatrudnionych
w oparciu o umowę o pracę. Wynagrodzenie zaproponowane przez Dominex nie narusza zasad wynikających z ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu

za pracę. Odwołujący poza własnymi wątpliwościami co do wynagrodzenia niewykwalifikowanych pracowników fizycznych oraz pracowników wykwalifikowanych
nie przedstawił żadnego argumentu, potwierdzającego nierealność zaproponowanego wynagrodzenia. Niezrozumiałe jest również kwestionowanie przez Odwołującego przyjętego wymiaru czasu pracy w zakresie pracy osób i sprzętu. Odwołujący sam wskazuje, że Dominex skalkulował czas pracy bazując na własnym doświadczeniu, natomiast złożone wyjaśnienia dają podstawę do ustalenia jaki wymiar czasu skalkulował Dominex. Zamawiający nie określił jaki wymiar czasu dla realizacji danego zamówienia jest właściwy, który należy uwzględnić przy kalkulacji ceny, pozostawiając to do decyzji wykonawcy. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał dlaczego w jego ocenie wymiar pracy przyjęty przez Dominex jest niewłaściwy, niepozwalający na realizację przedmiotowego zamówienia. Nie wskazał również jaki wymiar czasu pracy powinien być przyjęty, aby został uznany za prawidłowy, właściwy, realny, umożliwiający wykonanie zamówienia. Odniesienie w tym przypadku do oferty wykonawcy Demolition Gruop nie znajduje uzasadnienia, bowiem każdy z wykonawców samodzielnie kalkulował ofertę, w oparciu o indywidualne założenia, dopuszczone przez Zamawiającego.

Powyższe, nie potwierdza zarzutu Odwołującego, dotyczącego zaniechania prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących ceny Dominex oraz zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Dominex z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Fobud ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Fobud z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, Izba uznała zarzut za zasadny.

W odniesieniu do pisma skierowanego przez Zamawiającego z dnia 11.09.2020 r.
do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w stosunku
do Konsorcjum Fobud, wskazać należy że jego treść była precyzyjna i jednoznaczna. Zamawiający żądał wyjaśnienia konkretnych elementów cenotwórczych, podania kalkulacji
z rozbiciem na materiał, sprzęt, robociznę, koszty pośrednie, zysk i podatek VAT
z uwzględnieniem wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz kosztów pracy przyjętych w ofercie, miesięcznego wynagrodzenia na jedną osobę zatrudnioną przy realizacji zamówienia wraz z uzasadnieniem dla przyjętego wymiaru kalkulacji kosztów pracy.

Pismo z dnia 15.09.2020 r. złożone jako odpowiedź na wezwanie Zamawiającego
do wyjaśnienia ceny nie zawierało odniesienia do żadnej z powyższych okoliczności. Wykonawca powoływał się jedynie na własne doświadczenie oraz posiadany sprzęt
i niezbędne uprawnienia. Nie przedstawił żadnej kalkulacji, żadnych wyliczeń dotyczących zaoferowanej ceny, ani kosztów pracy. Wskazał jedynie wysokość kosztów pośrednich – 11%, zysk 7% oraz koszt zakupu 5%.

Powyższe informacje przekazane w sposób bardzo ogólny, bez elementu kalkulacji,
nawet w ocenie Zamawiającego nie stanowiły wystarczających wyjaśnień, dlatego wykonawca został ponownie wezwany do złożenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi, poza uprzednia treścią wyjaśnień, wykonawca złożył zestawienie kalkulacyjne z kosztorysów, bez odniesienia się do wymaganych przez Zamawiającego danych.

W ocenie Izby, w odniesieniu do wyjaśnień udzielonych pismem z dnia 15.09.2020 r.
nie można ich uznać za prawidłowo złożone wyjaśnienia elementów mających wpływ
na wysokość ceny. Nie został wyjaśniony żaden z elementów mających wpływ na wysokość ceny, a podane informacje nie rozwiewają wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.
Tak złożone lakoniczne i ogólnikowe informacje należy utożsamić z brakiem wyjaśnień, który obliguje Zamawiającego do odrzucenie oferty. W tym miejscu Izba przywołuje również całą argumentację dotyczącą istotności i znaczenia wyjaśnień składanych przez wykonawcę, wskazaną przy ocenie wyjaśnień wykonawcy Demolition Group.

Z uwagi na powyższe, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy należy uznać za zasadny.

W ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy, za nieuprawnione należy uznać ponowne skierowanie do konsorcjum Fobud oraz Demolition Group wezwania z dnia 22.09.2020 r. do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14, w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, w wyroku z 8 października 2020 r. w sprawach łączonych sygn. akt KIO 2239/20 i 2240/20, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami. Wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

W okolicznościach powyższej sprawy ponowne skierowanie wezwania do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny do wykonawcy Demolition Group
jak i Konsorcjum Fobud było całkowicie nieuzasadnione. W sytuacji, kiedy wykonawcy złożyli wyjaśnienia w sposób nierzetelny, ogólnikowy, lakoniczny (co należy utożsamiać z brakiem wyjaśnień) wezwanie do złożenia ponownych wyjaśnień stwarza możliwość złożenia zupełnie nowych wyjaśnień i stanowi próbę ratowania oferty.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w powyższych okolicznościach Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp.
Stawiany zarzut jest w pełni uzasadniony.
W powyższych okolicznościach należało orzec jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia
Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania
wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu
ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

.....